

ADRIANA RIBEIRO GONÇALVES DE MENDONÇA

O DESVIRTUAMENTO DO *IN DUBIO PRO REO*

De acordo.  
CWB, 17.10.07  
Peritamb

CURITIBA  
2007

**ADRIANA RIBEIRO GONÇALVES DE MENDONÇA**

**O DESVIRTUAMENTO DO *IN DUBIO PRO REO***

Monografia apresentada ao Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

**CURITIBA  
2007**

# **O DESVIRTUAMENTO DO *IN DUBIO PRO REO***

**por**

**Adriana Ribeiro Gonçalves de Mendonça**

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor orientador  
Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

---

Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges

---

Prof. Liziane Santos

Curitiba, \_\_\_\_ de novembro de 2007.

Ao meu pai, Wilson, por sempre estar presente.

À minha mãe, Lucíola, por “ter deixado eu deixar bagunça na sala” durante todo este período; mas, acima de tudo, por seu amor.

Ao Gregory, pela constante troca de idéias, fonte de inspiração e apoio.

Às minhas irmãs, por deixarem meus dias mais coloridos.

## AGRADECIMENTOS

Ao querido Professor – que sempre será meu Professor – Jacinto Coutinho, por ter me ensinado que “o meu mundo é do tamanho das minhas palavras”. Aqui parece, porém, que meu mundo é pequeno, pois as palavras não conseguem expressar minha gratidão da forma que desejo.

Ao Dr. Luiz Marlo de Barros Silva, que se tornou um grande amigo, por acreditar em mim.

***“Infligir pena a um suposto criminoso é infligi-la a um possível inocente; é uma perturbação da consciência social superior à produzida pelo próprio delito.”***

***Nicola Framarino dei Malatesta.***

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	07
<b>2 ESCORÇO HISTÓRICO</b>	09
<b>3 NOÇÕES BÁSICAS</b>	13
3.1 Conceito do <i>in dubio pro reo</i>	13
3.2 Natureza Jurídica	16
3.3 Localização Legal	17
3.4 Ônus da Prova e <i>in dubio pro reo</i>	20
<b>4 <i>IN DUBIO PRO REO</i>: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS</b>	25
4.1 Sistemas processuais penais: inquisitório e acusatório	25
4.1.1 Devido processo legal e sistema acusatório	31
4.2 O princípio da verdade real	33
4.3 o Juiz inquisidor e a formação dos quadros mentais paranóicos	40
4.4 O desvirtuamento do <i>in dubio pro reo</i> no sistema processual penal brasileiro	44
4.4.1 A importância do juiz como garante processual	50
<b>5 CONCLUSÃO</b>	53
<b>6 REFERÊNCIAS</b>	55

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe considerar que será objeto de análise do presente trabalho o princípio processual penal *in dubio pro reo*. Este se encontra inserido num Estado que se pretende Democrático de Direito, desta forma possui o ser humano como valor principal da ordem constituída e, conseqüentemente, preza a dignidade da pessoa humana como bem maior.

Neste contexto, ganha relevo a Constituição da República, PRADO ensina que

O desenvolvimento do paradigma da modernidade radicou-se no ideal democrático, de modo que nada é mais natural que o relevo dado à Constituição entre as demais leis, decorrente do convencimento de que aquela assegura a divisão dos poderes do Estado, mediante sistema de freios e contrapesos, bem como tutela os direitos fundamentais, conformando toda ordem jurídica. Tal é a importância da Constituição nessa ótica, porque fixa com clareza as regras do jogo político e de circulação do poder e assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular, e portanto, de cada um dos cidadãos.<sup>1</sup>

Assim, como é primário, a Constituição consiste na Lei Maior do País e todas as demais normas devem a ela se adequar, vale dizer, se adequar aos ideais democráticos presentes na Carta Magna. O processo penal, nesta esteira, deve servir como uma garantia ao cidadão e o juiz deve corresponder à garantia máxima do indivíduo no desenvolvimento de um processo penal. Ele é o responsável por assegurar que os direitos previstos, em prol do acusado, não serão ignorados.

O princípio *in dubio pro reo*, nasceu em um momento de (re)valorização do indivíduo com o intuito de proteger a liberdade de todo e qualquer ser humano submetido aos infortúnios do processo penal. Consiste, portanto, em importante garantia ao cidadão, decorrente dos ideais democráticos, no qual cada ser humano possui importância fundamental.

Nesta esteira, o *in dubio pro reo* está plenamente conforme a Constituição da República. Esta prevê inúmeros direitos e garantias ao cidadão, a fim de protegê-lo contra eventuais arbítrios do poder estatal, visto que o ser humano é o valor principal da democracia. Ensina LOPES JÚNIOR que “O Estado só se

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 14.



justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos.”<sup>2</sup>

O estudo tem por objetivo analisar como se encontra o *in dubio pro reo* no sistema processual penal brasileiro hodiernamente, a fim de se verificar sua efetividade e, portanto, se os ideais presentes na Lei Maior do País estão sendo respeitados.

Pretende-se, primeiramente, realizar uma análise histórica do *in dubio pro reo*, ainda que breve, a fim de se compreender o momento histórico em que foi moldado.

Passada esta etapa, adentrar-se-á no exame das noções básicas do princípio, o que mais tarde possibilitará sua análise crítica. Assim, necessário verificar a forma como o princípio é apresentado pela doutrina, com o objetivo de compreender sua conformação atual.

Importa atentar para o fato de que o responsável pela aplicação ou não do *in dubio pro reo* é o juiz, ou melhor, um juiz. Este, como qualquer outra pessoa, é marcado pela sua história, por fatos que o levaram a ser quem é, a acreditar no que acredita. Esta história particular – de cada juiz – influencia de forma significativa sua decisão, consciente ou inconscientemente. Desta forma, para a melhor compreensão do princípio, será indispensável uma análise acerca da atividade judicial no desenvolvimento do processo.

Portanto, em linhas mestras, o trabalho recairá sobre o estudo do princípio *in dubio pro reo*, a fim de verificar sua efetividade no sistema processual penal brasileiro, o qual deve ser guiado pela Constituição da República, que, no seio da democracia, consiste na própria garantia do cidadão.

---

<sup>2</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 14.

## 2. CAPÍTULO I – Escorço Histórico

O princípio *in dubio pro reo* é resultado da luta de humanistas contra o sistema processual penal vigente durante o séc. XVIII, qual seja, o sistema inquisitório. Ensina BARREIROS que “o sistema inquisitório puro só é encontrado disseminado nas instituições criminais européias nos séculos XII a XVIII, por influência da Igreja”<sup>3</sup>, foi, portanto, a partir do séc. XII que o sistema inquisitório começou a se desenvolver.

O sistema inquisitório puro<sup>4</sup> possuía como característica principal a concentração de funções pelo julgador, que investigava, acusava e julgava; o julgador se encontrava, portanto, numa posição de superioridade face ao argüido.<sup>5</sup> Neste passo, o acusado não era considerado sujeito do processo, mas objeto da investigação.<sup>6</sup>

Nesta fase do sistema inquisitório nenhuma garantia era prevista ao acusado, sendo ele muitas vezes tratado de forma desumana. Admitia-se a tortura a fim de obter a confissão, que era considerada como a “rainha das provas”; tinha-se a prisão preventiva como regra; a denúncia secreta consubstanciava forma de acusação; estas são apenas algumas características que demonstram o sistema autoritário que reinava.

LOPES JÚNIOR, neste sentido, doutrina que

A estrutura do processo inquisitório foi construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de ‘verdade real ou absoluta’. Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas).<sup>7</sup>

<sup>3</sup> BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12.

<sup>4</sup> MIRANDA COUTINHO ensina que é “característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, (...) a inexistência de partes, no sentido que hoje empregamos ao termo.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: *Direito Alternativo: anais do evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: IAB, 1994, p. 23.

<sup>5</sup> BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 13.

<sup>6</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 63.

<sup>7</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 67.

Neste período adotou-se, ainda, o sistema de avaliação da prova das regras legais.<sup>8</sup> Este sistema possuía uma rígida classificação dos meios de prova, atribuindo-lhes valores. Neste contexto o juiz não possuía liberdade na apreciação da prova e seu principal papel no âmbito do processo era realizar o cálculo referente aos valores das provas obtidas. Ensina MONTEIRO que a prova dividia-se em:

vocal (testemunhos e confissões), instrumental (documentos) e conjectural (presunções). Em cada espécie e de acordo com o grau (também pré-determinado) de credibilidade a conceder-lhes, cabiam provas plenas e semi-plenas, existindo ainda a categoria de notoriedade (...) e a dos indícios. A primeira – por supor a dispensa de qualquer prova ulterior – situava-se ainda acima das *probationes plenae* e a segunda (...) abaixo das *sempi plenae*. Havia meios probatórios válidos em geral e outros eficazes apenas quanto a certo tipo de crimes.<sup>9</sup>

MITTERMAYER, neste sentido, ensina que no BONIFACIUS, entre os séculos XIV e XV, ao tratar da prova em geral, apresentou regras quanto às provas: a prova por testemunhas possui grande força demonstrativa; para haver condenação era necessário o depoimento de pelo menos duas testemunhas; estabeleceu a divisão entre provas plena e semi-plena.<sup>10</sup> Algumas legislações admitiam que se decretasse uma pena excepcional quando não alcançada a prova plena, mas apenas a semi-plena.<sup>11 12</sup>

Vê-se, neste cenário, o sistema processual penal arbitrário vigente. Ora, o indivíduo não possuía valor em si considerado, porquanto, quando submetido ao processo praticamente perdia sua condição humana.

No decorrer do séc. XVIII, então, ganhou força o movimento que se insurgia contra tal sistema processual penal. Criticou-se, especialmente, o

<sup>8</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”**. Coimbra: Coimbra Ed.; 1997, p. 30.

<sup>9</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”**. Coimbra: Coimbra Ed.; 1997, p. 31.

<sup>10</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Materia Criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 44.

<sup>11</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Materia Criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 44-45.

<sup>12</sup> MALATESTA, em crítica à divisão das provas em plenas e semi-plenas, doutrina: “As meias-provas, condenadas em nome da lógica, condena-as a História, em nome da Justiça. Diz-nos ela que, admitindo as frações de certeza e as de prova da certeza, tôdas estas frações um belo dia se colocaram a serviço da imbecilidade e da ferocidade humana; e julgava-se legítimo esmagar um acusado sob o peso de frações de prova, pela imputação de delitos que o pedantismo cruel chamou de privilegiados. Triste privilégio, na verdade, que a estultícia humana concedia à barbaridade: o de punir um inocente, como se fora réu.” MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1, p. 94.

tratamento degradante dispensado ao réu. Em sua maioria defendiam a não utilização da tortura e o fim do sistema de prova legal. Defendia-se, portanto, uma revalorização do indivíduo, que não poderia ser considerado culpado antes da sentença penal.

BECCARIA, um dos principais representantes deste movimento de crítica ao sistema inquisitório, em repúdio a tortura:

É uma barbárie que o uso consagrou na maioria dos governos fazer torturar um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado, seja finalmente porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada.<sup>13</sup>

Insta constar que o reinado da prova legal, da tortura e de inúmeros outros abusos já havia perdurado por muito tempo, razão por que grandes alterações se faziam necessárias a fim de se obter um processo penal mais humano – defendiam os autores contrários ao sistema instalado. Foi através da denuncia de humanistas que se forjou um novo ideal a ser buscado no âmbito do processo penal, um ideal de valorização do ser humano. Nesta linha, foi-se “substituindo um ideário de diluição do indivíduo no todo societário por outro de exaltação dos direitos inalienáveis e originários de cada ser humano”<sup>14</sup>.

Conseqüência desta luta foi a Declaração de direitos do homem e do cidadão, proclamada em 1789, que “cristalizou o pensamento da Ilustração.”<sup>15</sup> O berço do movimento iluminista foi a França, que possuía “um dos sistemas mais duros para o imputado no que diz respeito ao modo como era tratado dentro do processo inquisitivo.”<sup>16</sup>

Doutrina MARQUES DA SILVA que “Diante da expansão dessas idéias a monarquia francesa teve que ceder a pressão reformista, e em 1780, Luís XVI, em uma declaração, suprime o emprego da tortura como meio idôneo e legal para a

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus. p. 31.

<sup>14</sup> MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”**. Coimbra: Coimbra Ed.; 1997, p. 38.

<sup>15</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 25.

<sup>16</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 26.

obtenção da confissão.”<sup>17</sup> Mais tarde, com a Declaração de direitos do homem e do cidadão, foi proclamado o princípio da presunção de inocência, no art. 9º, o qual impõe que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.” Esta luta, contra a monarquia, seus privilégios e abusos, no entanto, ainda se estendeu por diversos anos, mas foi neste período que a idéia de (re)valorização do ser humano ganhou força.

Doutrina FIGUEIREDO DIAS que o princípio *in dubio pro reo* “constitui um produto generalizado dos ‘processos reformados’ do séc. XIX”.<sup>18</sup> Decorre, portanto, o *in dubio pro reo*, do ideal de valorização do ser humano, especialmente quando submetido ao processo penal, pois já não se aceitava mais o completo descaso com que era tratado o acusado no seio do sistema inquisitório.

No mesmo sentido, KARAM afirma que o princípio *in dubio pro reo*

em sua conformação atual, indissoluvelmente se liga não só à superação do sistema de provas legais e à prevalência do livre convencimento na valoração da prova, como à garantia que veda a persecução penal múltipla (*ne bis in idem*), assim encontrando sua proveniência nas concepções políticas liberais em que se fundaram as raízes do Estado Democrático de Direito, podendo-se, portanto, mais propriamente, afirmar que o *in dubio pro reo* cristaliza-se com a proclamação da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, vinda na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9.º) da França de 1789<sup>19</sup>.

Assim sendo, o *in dubio pro reo*, tal como hoje é conhecido, é resultado da luta dos humanistas do séc. XVIII a fim de se modificar o sistema processual penal vigente, buscando garantias ao réu. Foi a procura de um processo penal mais humano que possibilitou o desenvolvimento do princípio *in dubio pro reo*.

<sup>17</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 26.

<sup>18</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 213.

<sup>19</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 35, p.55-73, jul./set. 2001. p. 59.

### 3. CAPÍTULO II – Noções Básicas

#### 3.1. – Conceito do princípio *in dubio pro reo*

Inicialmente, importa considerar que o princípio *in dubio pro reo* consiste em importante conquista na busca de um processo penal que tenha o ser humano como valor principal, de um processo que se efetive como uma garantia ao cidadão (contra eventuais arbítrios do Estado) e não que sirva apenas como instrumento de punição. Nesta esteira, pode-se afirmar que “o objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo.”<sup>20</sup>

O processo, portanto – e conforme impõe a Constituição da República, através de sua interpretação sistemática – deve ser um instrumento de proteção ao indivíduo, pois ele, no seu desenvolvimento, está sozinho (é a parte mais fraca) contra o Estado. Dessa forma, com LOPES JÚNIOR, é possível afirmar que “a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. (...) Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”<sup>21</sup>

A Constituição, como lei hierarquicamente superior, deve guiar o desenvolvimento do processo em todos os seus passos. Ela contém inúmeros direitos e garantias previstos ao cidadão, a fim de protegê-lo contra o poder estatal, pois o ser humano é o valor fundamental da democracia, destarte, esta somente tem sentido quando respeita as liberdades individuais, os direitos fundamentais. Nesta esteira, a Constituição consiste na própria garantia do cidadão. Cõsoante tal pensamento, PRADO: “a persecução penal se expressa através do conjunto de atividades estatais juridicamente vinculadas, limitando-se o poder do Estado em prol da garantia dos direitos fundamentais e **estes direitos fundamentais estão**

---

<sup>20</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 12-13.

<sup>21</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 29.

**referenciados a todas as pessoas, inclusive aos acusados da prática de infrações penais.**<sup>22</sup> (sem grifo no original)

Nesta linha, imprescindível citar LOPES JÚNIOR que esclarece:

A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe exigências de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isto surgiu na Europa depois de uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.<sup>23</sup>

O valor principal do Estado Democrático de Direito é, portanto, o ser humano. Cada indivíduo possui importância fundamental, valor em si mesmo; no entanto, costuma-se argumentar que os direitos individuais, em matéria penal, devem sucumbir frente ao interesse da coletividade. Ensina LOPES JÚNIOR que esta “É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. (...) Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portando, ‘público’, se preferirem).”<sup>24</sup> No mesmo sentido, MARQUES DA SILVA: “Na atualidade, os altos índices de criminalidade verificados nos grandes centros urbanos tem determinado uma restrita aceitação do *in dubio pro reo*. Tal atitude é inadmissível numa ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, por violar a dignidade humana, naquilo que se refere ao critério superior da liberdade.”<sup>25</sup>

O *in dubio pro reo* é um princípio de valoração da prova que privilegia o indivíduo, sua liberdade, desta forma, impõe que, no momento da decisão, caso o juiz não esteja convencido mediante provas acerca da autoria e/ou materialidade do **crime**, deverá julgar o réu inocente. Este princípio visa proteger, claramente, o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade –, consagrado na CR

<sup>22</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 16.

<sup>23</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 12.

<sup>24</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 12.

<sup>25</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 33.

(art. 5º, LVII<sup>26</sup>); destarte, cabe ao Estado provar a autoria do crime pelo imputado. Tudo isto a fim de preservar a liberdade individual, pois, esta é direito fundamental<sup>27</sup> e, portanto, a regra.

Desta forma, se depois de produzidas todas as provas, ainda restar dúvida ao juiz sobre os fatos, esta deverá ser resolvida em favor do réu. Ensina KARAM que

a afirmação do *in dubio pro reo* impõe que a dúvida, qualquer que seja, mínima que seja, sobre a autoria ou sobre qualquer outro elemento integrante do conteúdo da alegada infração penal, deva, sempre e invariavelmente, conduzir a um pronunciamento de improcedência do pedido formulado pelo autor da ação penal condenatória, resolvendo-se, sempre e invariavelmente, em favor do réu<sup>28</sup>.

No mesmo sentido, CIRINO DOS SANTOS ensina que “O *princípio in dubio pro reo*, deduzido da garantia constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CR) – por rejeição à *presunção de culpa* – indica a regra fundamental da prova no processo penal: a dúvida sobre a *realidade do fato* determina a absolvição do acusado.”<sup>29</sup>

Cabe, ainda, citar CABRAL NETTO: “Quando está em jogo a condenação fundada em provas que possam suscitar dúvidas de autoria ou materialidade do crime, estamos diante da prevalência do interesse do réu, sintetizando o aforisma do *in dubio pro reo*. De fato, entre condenar ou absolver por uma possível ocorrência, a dúvida favorece o acusado.”<sup>30</sup>

Assim, o *in dubio pro reo* é utilizado para definir aqueles casos em que as provas presentes nos autos não foram suficientes para ocasionar convencimento ao julgador acerca dos fatos, tendo em vista que a ele não é permitido que se abstenha de julgar ou que deixe o processo em suspenso (aguardando provas futuras), devendo, não obstante a dúvida presente, pronunciar-se. O pronunciamento do juiz é imprescindível a fim de se restaurar a paz jurídica, pois

<sup>26</sup> Art. 5º, LVII, da CR: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

<sup>27</sup> Art. 5º, caput, da CR: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (sem grifo no original)

<sup>28</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 35, p.55-73, jul./set. 2001. p. 59.

<sup>29</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 659.

<sup>30</sup> CABRAL NETTO, Joaquim. **Instituições de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 144.



não seria justo que o imputado ficasse com um processo pendente quando não foi possível provar sua culpa, tendo em vista que o processo, por si só, já traz enormes prejuízos ao réu e, ainda, que é dever do Estado provar sua tese acusatória.

Importante ressaltar, conforme doutrina FIGUEIREDO DIAS, que

o princípio *in dubio pro reo* vale só, evidentemente, em relação à prova da questão de facto e já não a qualquer dúvida suscitada na *questão-de-direito*<sup>31</sup>.

O problema que se coloca, então, é o de saber quem deveria ter provado determinado fato, mas não o fez, ou o fez de forma insuficiente.

### 3.2. – Natureza Jurídica

Antes de se apontar propriamente a natureza jurídica específica do princípio *in dubio pro reo*, desmembrar-se-á seus pontos chaves para tão somente após apresentá-la por completo.

Esclarecido isso, como o próprio *nomen iuris* remete, trata-se de um princípio, ou seja, “ponto de partida, que se traduz no mais das vezes como causa inicial ou proposição geral, a partir da qual se pode conhecer certo objeto.”<sup>32</sup>

Entretanto, somente a sua caracterização como princípio não é suficiente para dizer a contento o que o *in dubio pro reo* é em essência. Assim, acrescenta-se que o *in dubio pro reo* é princípio reitor de processo, especificamente orientador do processo penal, com previsão no art. 386, VI do Diploma Processual Penal Brasileiro de 1941.

Ainda, para que se determine com maior precisão a natureza jurídica desse princípio processual penal, cumpre estabelecer a sua serventia e delimitar, assim, a sua exata essência. Consoante análise em tópico anterior, o princípio do *in dubio pro reo* é orientador específico da valoração da prova no processo penal.

<sup>31</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 215.

<sup>32</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001, p. 57.

Assim, fitada a análise pormenorizada, pose-se definir o *in dubio pro reo* como princípio processual penal de valoração da prova, sendo esta a sua natureza jurídica.

Necessário considerar, com ROMAN BORGES, “que as significações dos princípios jurídicos são construídas ao longo da história pelos discursos hegemônicos, e, em se tendo consciência disso, só nos resta resistir aos discursos normalizadores e lutar para que o poder se exerça nos discursos democráticos.”<sup>33</sup> Os princípios, portanto, se adéquam a sociedade em que está inserido, em determinado momento histórico, podendo ser manipulados, por meio da linguagem, de acordo com os interesses do grupo dominante. É necessário atentar, destarte, a este fator, a fim de não se deixar enganar por discursos autoritários.

### 3.3. – Localização Legal

Antes de se adentrar a localização legal do princípio em estudo, necessário a sua colocação constitucional, mesmo que implícita.

Em primeira análise, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se faz conhecida como Constituição cidadã por, mormente, erigir o ser humano como alvo principal de proteção (proteção deste contra o Estado)<sup>34</sup>, tendo já no Título I (dos princípios fundamentais) a prescrição de que é fundamento desta República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, CR/88), bem como são seus objetivos i. constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CR/88); ii. garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CR/88); iii. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, CR/88) e; iv. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CR/88).

<sup>33</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001, p. 58.

<sup>34</sup> “W. GOLDSCHMIDT explica que os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte, à seção de que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. O processo penal constitui um ramo do Direito Público, e, como tal, implica autolimitação do Estado, uma soberania mitigada”. in LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 12.

Prossegue, em seu Título II, dentre outros dispositivos, assegurando direitos e garantias fundamentais, prescrevendo já no *caput* de seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Portanto, o ser humano é destinatário das normas concedentes e garantidoras de direitos (em grande parte, fundamentais a dignidade da pessoa humana) contra os possíveis abusos do poder estatal.

Situado que o homem é destinatário dos direitos e garantias fundamentais, deve-se acrescentar, por conta do estudo em tela, que a liberdade do indivíduo, é pilar magno, como verificado na transcrição retro do *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988. Destarte, a liberdade deve ser sempre situada como a regra, sendo a prisão (em qualquer de suas formas) exceção.

Consoante tal pensamento, TAVARES assevera que

a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência. A liberdade individual decorre necessariamente do direito à vida e está consagrada nos pactos internacionais e nas constituições democráticas. Daí não haver igualmente a necessidade de se compor uma relação jurídica de direito privado entre o Estado e o cidadão, de modo que a este se confira o direito de liberdade. O que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção.<sup>35</sup>

Tendo isso em mente – porquanto por demais importante – mister considerar que não deve ser diferente esse posicionamento e orientações quando da análise do processo penal, porquanto é a Constituição ordenadora e orientadora de todo o sistema jurídico (ou assim deveria ser, como se verá em momento adequado).

Oportunas as observações de LOPES JÚNIOR acerca do aludido, quais sejam: “Nessa democratização do processo penal, o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres. É uma relevante mudança decorrente da constitucionalização e democratização do processo penal.”<sup>36</sup>

<sup>35</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

<sup>36</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 15.

Assevera PRADO que “A assunção da Constituição como o *locus* de onde são vislumbrados os direitos fundamentais compartilha, portanto, a tese, desenvolvida entre outros por Ferrajoli, da existência de um nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado”<sup>37</sup>, prosseguindo que “a persecução penal se expressa através do conjunto de atividades estatais juridicamente vinculadas, limitando-se o poder do Estado em prol da garantia dos direitos fundamentais e estes direitos fundamentais estão referenciados a todas as pessoas, inclusive aos acusados da prática de infrações penais.”<sup>38</sup>

A Constituição da República consagra o devido processo legal, em seu art. 5º, LIV, ao afirmar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este dispositivo, conjugado com a interpretação sistemática da Constituição, consagra a adoção do sistema processual penal acusatório, pois este é o único conforme os ideais democráticos de valorização do ser humano presentes na Carta Magna (tema que será melhor desenvolvido no item 4.1.1). Daí decorre especialmente a necessidade de se adotar o princípio *in dubio pro reo*, pois a valorização do indivíduo impõe que seja tarefa do Estado provar a autoria e materialidade do crime, a fim de resguardar sua liberdade.

É justamente nessa circunscrição que deve ser entendido o dispositivo contido no Diploma Processual Penal (art. 386, VI, CPP), que trata do princípio do *in dubio pro reo*, o qual dispõe:

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: não existir prova suficiente para condenação.

Ora, não considerá-lo sob o prisma constitucional é negar, indubitavelmente, a sua eficiência, já que o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 é nitidamente inquisitorial e autoritário, porquanto permite a persecução de provas pelo julgador, logo persecução da motivação de seu (pré)convencimento.

Portanto, feita a análise da topografia, considerando a hierarquia das regras (Supremacia da Constituição), somado a indicação do destinatário primordial

<sup>37</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 199, p 15.

<sup>38</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 199, p.16.

dos direitos e garantias fundamentais e a situação do Processo Penal dentro do contexto democrático (prol cidadão), com a localização do dispositivo infraconstitucional garantidor do princípio *in dubio pro reo*, o objetivo deste se exaure, haja vista o desmembramento da análise da completude do proposto em outros tópicos, os quais se farão a seguir.

### 3.4. – Ônus da prova e *in dubio pro reo*

As regras sobre ônus da prova são de grande importância no processo penal, pois indicam como o juiz deverá decidir um caso penal nas ocasiões em que, não obstante todos os esforços a fim de demonstrar como ocorreram os fatos, o julgador ainda possua dúvidas sobre eles.

A maior parte da doutrina brasileira, com fundamento no art. 156, do CPP, insiste em dividir o ônus da prova no processo penal da mesma forma em que ele é dividido no processo civil. Dispõe a primeira parte do citado artigo que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Desta forma, caberia à acusação realizar a prova dos fatos constitutivos (existência do fato e autoria), enquanto à defesa caberia provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor (excludente de antijuridicidade ou da culpabilidade). Veja-se, neste sentido, a expressiva posição de MARQUES: “Apesar da afirmativa em contrário de grande cópia de processualistas e penalistas, não há diferença substancial entre as regras que norteiam tão importante problema no processo civil e no processo penal.”<sup>39</sup>

TORNAGHI apresenta a divisão do ônus da prova da seguinte maneira:

Portanto, o sentido do art. 156 deve ser este: ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete a quem o fato aproveita. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil (art. 333, I e II).<sup>40</sup>

<sup>39</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 2. p. 341.

<sup>40</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 469.

No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA afirma que

A prova da alegação incumbe a quem a fizer, é o princípio dominante em nosso Código. Oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público a prova do fato e da autoria ; compete-lhe documentar a existência concreta do tipo (*nullum crimen sine typo*) e de sua realização pelo acusado. Este também tem a seu cargo o *onus probandi*. Com efeito, se ele invoca uma causa excludente da antijuridicidade (legítima defesa, p.ex.) ou da culpabilidade (v.g., erro de fato), incumbe-lhe prová-la. Não apenas isso: a ele cabe ainda o ônus se alega não estar provada a existência do fato.<sup>41</sup>

Por fim, GRECO FILHO

à acusação cabe a prova do fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito, que são elementares do tipo e a autoria. (...) Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão – são desse tipo as excludentes. O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação.. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.”<sup>42</sup>

É assim, então, que a doutrina tradicional divide o ônus da prova entre acusação e defesa. Alguns, no entanto, fazem a ressalva de que, enquanto a acusação possui o ônus de provar de maneira “plena e convincente”, para a defesa é necessário que faça nascer no julgador a dúvida<sup>43</sup>. Outros doutrinadores, como TORNAGHI, afirmam que

Na verdade, essa regra [*in dubio pro reo*] refere-se apenas ao caso em que o juiz não encontra no processo prova suficiente do fato constitutivo, isto é, do crime e da autoria (art. 386, II, IV e VI). Se a dúvida do juiz é quanto a fato impeditivo, suspensivo ou extintivo a solução deve ser contra o réu.<sup>44</sup>

A doutrina tradicional, destarte, possui uma divisão unânime quanto ao ônus da prova, mas diverge quanto às conseqüências das dúvidas que possam restar da atividade probatória. Alguns afirmam que a dúvida somente aproveitará ao

<sup>41</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. (atual. por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha) São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117-118.

<sup>42</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205-206.

<sup>43</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. (atual. por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha) São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

<sup>44</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 471.

réu quando se referir à atividade probatória do acusador (os chamados fatos constitutivos), enquanto outros afirmam que qualquer dúvida poderá ser resolvida em favor do réu, desde que a defesa faça nascer a dúvida para o julgador (é como se a defesa tivesse o ônus de causar a dúvida; caso esta não seja por ela causada e a acusação tiver provado a existência do fato e autoria, o réu será condenado).

FIGUEIREDO DIAS, ao contrário da doutrina tradicional brasileira, ensina que a divisão do ônus da prova no processo penal não é realizada da mesma maneira que ocorre no processo civil, tendo em vista a existência – no processo penal – do princípio da investigação (ou da verdade material).<sup>45</sup> Destarte, afirma que “compete em último termo ao *juiz*, oficiosamente, o dever de instruir e esclarecer o facto sujeito a julgamento: *não existe aqui, por conseguinte, qualquer verdadeiro ônus da prova que recaia sobre a acusação ou o arguido.*”<sup>46</sup> Deste modo, como é tarefa do julgador encontrar a “verdade material” do crime, não há sentido em se falar de divisão do ônus da prova; a função do Ministério Público não será de provar a tese acusatória a qualquer preço, “mas sim, auxiliar o juiz na descoberta da verdade material”.<sup>47</sup>

Ensina, ainda, FIGUEIREDO DIAS que “A absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ônus da prova mas sim da intervenção do princípio *in dubio pro reo.*”<sup>48</sup> A divisão do ônus da prova, nesta linha, não possui qualquer importância no processo penal – quando adotado o princípio da investigação – pois aqui o julgador é o responsável pela instrução probatória, cabendo ao MP e à defesa apenas lhe auxiliar nesta descoberta. O *in dubio pro reo* será aplicado, assim sendo, não quando as partes deixarem de provar algo, mas quando persistir dúvida no espírito do julgador.

Posicionamento semelhante ao de FIGUEIREDO DIAS adota MITTERMAYER.<sup>49</sup> Ensina que a questão referente ao ônus da prova no processo

<sup>45</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 211.

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 211-212.

<sup>47</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 212-213.

<sup>48</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 213.

<sup>49</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Materia Criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 198.

penal somente poderia ter lugar no processo por via da acusação, pois este é um processo em que existe um acusador articulando fatos em face da parte por ele acusada; este processo consistiria, portanto, num combate singular entre ambos.<sup>50</sup> Continua afirmando que

no processo por instrução já não se trata simplesmente da prova da accusação; nelle se vê um magistrado encarregado pelo poder social de procurar a verdade, qualquer que Ella seja, pró ou contra, o qual obra silenciosamente. Longe de affirmar, como o accusador no outro systema, que poderia prejudicar injustamente ao accusado; em uma palavra, todo o processo de instrução consiste na pesquisa estudiosa e constante de todos os materiaes, de modo a esclarecer o juiz, e a colloca-lo em circumstancias de pronunciar, nem sempre uma condenação, mas sempre uma sentença justa. (...) Em relação sómente á imparcialidade obrigatoria do magistrado instructor, é que repetimos ser pouco exacto dizer que lhe incumbe o onus da prova da accusação, incumbindo ao accusado o da prova da defesa.<sup>51</sup>

Desta forma, no processo penal “por investigação” (inquisitório) não há que se falar, propriamente, em divisão do ônus da prova.

Existe parte da doutrina brasileira que afirma que o ônus da prova está inteiramente a cargo da acusação, não existindo dever ao réu de provar. Representante desta posição é LOPES JÚNIOR: “A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nesta desconstrução (direito de silêncio – nemo tenetur se detegere)”<sup>52</sup>. Afirma, portanto, “que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.”<sup>53</sup>

<sup>50</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Materia Criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 198.

<sup>51</sup> MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Materia Criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 198-199.

<sup>52</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 184.

<sup>53</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 519.



No mesmo sentido, RANGEL:

se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que este fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito) e que não está aqambrado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável, ou seja, *se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato*, o que significa dizer, *se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato* (Muñoz Conde, ob. cit., p. 4) pertence-lhe.<sup>54</sup>

JARDIM, da mesma forma, entende que cabe inteiramente à acusação o ônus da prova.<sup>55</sup> Afirma que realizar a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa equivale a negar, de forma implícita, a aplicação do *in dubio pro reo*, pois haveria casos em que a dúvida favoreceria o réu e outros casos em que a dúvida favoreceria a acusação. Desta forma, salienta que, “o princípio *in dubio pro reo* não admite aplicação parcial, sob pena de se desfigurar. Ou o benefício favorece, sempre e em todos os casos, o réu, ou não se adota o princípio. Não há meio termo, a plenitude está ínsita no princípio, decorrendo mesmo de sua própria natureza”<sup>56</sup>.

A doutrina apresenta, portanto, três principais divisões acerca do ônus da prova no processo penal. É necessário, no entanto, analisar qual o papel exercido pelo juiz no desenvolvimento do processo penal brasileiro, a fim de ponderar se a divisão do ônus da prova interfere, hodiernamente, no *in dubio pro reo*. Destarte, passa-se a analisar o sistema processual penal brasileiro, a função do juiz no desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, a situação do princípio *in dubio pro reo* no seio do Direito processual penal brasileiro.

<sup>54</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 437.

<sup>55</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 210.

<sup>56</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 206.

#### 4. CAPÍTULO III – *In dubio pro reo*: Considerações críticas

##### 4.1. – Sistemas processuais penais: inquisitório e acusatório

O processo penal se apresenta historicamente dividido em dois sistemas<sup>57</sup> processuais, quais sejam: inquisitório e acusatório. Cada um destes sistemas é regido por um princípio unificador responsável por lhe conferir coerência.

Analisar o sistema processual penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro é passo indispensável a fim de se compreender a atual situação do princípio *in dubio pro reo* no ordenamento jurídico pátrio.

Ensina MIRANDA COUTINHO que a forma como a gestão da prova é realizada determina o princípio unificador do sistema, eis que uma das finalidades do processo penal é a reconstrução de um fato histórico – o crime – por meio da instrução probatória<sup>58</sup>. Assim, o gestor da prova é o que identifica o princípio unificador.

Para se compreender os sistemas processuais é necessário analisar qual princípio o rege, pois os demais elementos do sistema o integram a partir do princípio que os atrai. Assim, o sistema inquisitório é regido pelo princípio inquisitivo, enquanto o sistema acusatório vem regido pelo princípio dispositivo<sup>59</sup>.

No sistema inquisitório, a gestão da prova está a cargo do juiz. Este é o responsável principal por buscar as provas que, teoricamente, no seu entender, interessam que aportem ao processo. É possível notar, portanto, que este sistema

---

<sup>57</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 165: “Por elementar, os diversos ramos do Direito podem se organizados a partir de uma idéia básica de sistema: conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma finalidade”.

<sup>58</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 165.

<sup>59</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 165.

“tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova”<sup>60</sup>.

O sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo, opera de forma oposta ao sistema inquisitório; enquanto neste o juiz mantém postura ativa (indo atrás da prova), naquele o juiz permanece em postura passiva. Desta forma, no sistema acusatório não é o juiz o responsável pela gestão da prova, mas as partes. A reconstrução histórica do fato se dá a partir da atividade das partes, estas responsáveis por levar ao processo as provas que lhes interessam e será com base nestas provas que o juiz formará sua convicção. Nesta linha de pensamento, LOPES JÚNIOR: “Em decorrência dos postulados do sistema (acusatório), em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes. Frente à imposta inércia do julgador se produz um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos.”<sup>61</sup>

BARREIROS<sup>62</sup>, ao discorrer sobre o tema, analisa as principais características de cada um destes sistemas, quais sejam: **a) sistema inquisitório**: magistrados ou juízes permanentes; o juiz investiga, dirige, acusa e julga, numa posição de superioridade face ao argüido; acusação *ex-officio* e admite-se denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não contraditório; a prova é legalmente tarifada; a sentença não faz coisa julgada; utiliza-se a prisão preventiva como regra; **b) sistema acusatório**: o julgador é composto por uma assembléia ou jurados populares; há igualdade de partes, pois o juiz é árbitro, sem iniciação de investigação; a acusação nos delitos públicos é realizada através de ação popular, enquanto nos delitos privados compete ao prejudicado ou ao ofendido; o processo é oral, público e contraditório; a prova é avaliada com base na livre convicção; a regra é a liberdade do acusado.

As características de ambos os sistemas também são apresentadas por CARRARA<sup>63</sup>, que assim as enumera: **a) sistema inquisitório**: concurso de denunciadores secretos, que informem ao magistrado inquisidor dos delitos e

<sup>60</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 166.

<sup>61</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 61.

<sup>62</sup> BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12.

<sup>63</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: parte geral. Trad. José Luiz V. de A. Francheschini. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 2, p. 314-321.

delinqüentes por eles descobertos; direção das provas ao pleno arbítrio do Juiz; instrução escrita, do princípio ao fim; e, da mesma forma, defesa escrita; processo constantemente secreto, não apenas em relação aos cidadãos, mas também quanto ao próprio acusado, em cuja presença nada se faz, a não ser, excepcionalmente, a *confrontatio*, não se lhe participando o processo enquanto não ultimado e em estado de transmissão; encarceramento preventivo do réu, e sua absoluta segregação de qualquer contato com outrem, até o momento da defesa; interrupção dos atos, e deste modo, lavratura da sentença segundo a comodidade do juiz; ordem analítica, até a transmissão da inquisição especial; **b) sistema acusatório**: plena publicidade de todo o processo; a liberdade pessoal do acusado até a condenação definitiva; a absoluta igualdade de direitos e poderes entre o acusador e o acusado; a passividade do juiz na colheita das provas, quer de acusação, quer de defesa; a continuidade dos atos; síntese em todo o procedimento.

É possível notar que as características elencadas por ambos doutrinadores são em grande parte coincidentes, especialmente no que se refere ao papel exercido pelo juiz em cada um dos sistemas, vale dizer, no inquisitório o juiz atua ativamente na colheita da prova, enquanto no sistema acusatório permanece em posição passiva, sendo que as provas lhes são apresentadas pelas partes.

O sistema acusatório, destarte, propicia um campo mais fértil para o desenvolvimento da imparcialidade do juiz, pois veda a persecução da prova pelo julgador. Ainda, importa notar que no sistema inquisitório o réu é considerado como “objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador”<sup>64</sup>, não possuindo garantias; ao contrário, no sistema acusatório o réu é sujeito de direitos e não mero objeto da investigação e, assim, tem sua dignidade humana preservada. Nas palavras de LOPES JÚNIOR,

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 166.

o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.<sup>65</sup>

As características que BARREIROS e CARRARA enunciam encontravam-se presentes no que se convencionou chamar de sistemas processuais penais puros. Ocorre que hodiernamente não existem mais sistemas processuais puros, com todas as características acima citadas; dessa forma o sistema é regido por seu princípio unificador, mas pode agregar elementos do outro sistema. Daí inúmeros doutrinadores defenderem a existência de um sistema misto, o que não é possível, dada a impossibilidade da existência de um princípio misto. Ou, nas palavras de MIRANDA COUTINHO, “não é preciso um grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema.”<sup>66</sup>

O sistema processual sempre será, portanto, acusatório ou inquisitório, conforme seja regido pelo princípio dispositivo ou inquisitivo, mas poderá agregar características secundárias do outro sistema. Atualmente todos os sistemas são, em certa medida, mistos – eis que agregam características de ambos os sistemas – porém é preciso compreender que “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”<sup>67</sup>.

Destarte é possível afirmar que o sistema processual penal brasileiro é inquisitório, eis que se apresenta regido pelo princípio inquisitivo, tendo em vista que a gestão da prova está, principalmente a cargo do juiz. O art. 156, segunda parte, do CPP, permite que o juiz participe ativamente da gestão da prova, ao prever que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; **mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante**”. Dessa forma, LOPES JÚNIOR:

dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que **funda um**

<sup>65</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 63.

<sup>66</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 167.

<sup>67</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 167.

sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.<sup>68</sup>

É comum, no entanto, a doutrina processual penal brasileira afirmar que o sistema acusatório caracteriza-se pela divisão das tarefas de acusar, defender e julgar no processo. Bastaria, assim sendo, que estas atividades se encontrassem nas mãos de diferentes órgãos/partes, para que o sistema pudesse ser considerado acusatório. Ilustrativa de tal posicionamento é a lição de PRADO, ao afirmar que “O sistema processual [acusatório] que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito e, naturalmente, da própria estrutura processual como realidade normativa, será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais – acusar, defender e julgar – sincronizadas, consoante o lembrado magistério de Calamandrei, de sorte a validar os direitos fundamentais.”<sup>69</sup>

No mesmo sentido, MARQUES doutrina que

No sistema acusatório, autor e réu se encontram em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, – tal como consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o jus puniendi e a liberdade do réu. Não há, em nosso processo penal, a figura do juiz inquisitivo. Separadas estão, no Direito pátrio, a função de acusar e a função jurisdicional<sup>70</sup>.

Por fim, RANGEL adota posicionamento semelhante ao afirmar que:

**O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado;** o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição (...), todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa<sup>71</sup>. (sem grifo no original)

Ora, como visto, tais conceitos não tocam a questão principal (o princípio informador do sistema), qual seja, o fundamento epistêmico do sistema e da forma

<sup>68</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 75.

<sup>69</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 199, p. 55.

<sup>70</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1961. v. 1. p. 64.

<sup>71</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 48.

como a instrução probatória será realizada no decorrer do processo, mas apenas prevêem a separação das funções de acusar e julgar, como se este fator assegurasse o sistema acusatório. Isto é, também, uma diferença entre os sistemas, mas visivelmente secundária, da mesma forma que um é eminentemente escrito e o outro (acusatório), oral; e assim por diante.

Parece ser equívoco tal posicionamento tendo em vista que a existência de partes no processo penal, apesar de consubstanciar importante elemento do sistema acusatório, não é fator determinante, por si só, para caracterizar o sistema como tal. Não é suficiente a separação das atividades de acusar e julgar se, no decorrer do processo, há a possibilidade do juiz determinar a produção de provas, fator este que deixa o acusado em situação flagrantemente desfavorável, principalmente tendo em vista que para absolver o juiz não precisa de provas. LOPES JÚNIOR é claro neste sentido: “Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.”<sup>72</sup>

Por fim, ensina MIRANDA COUTINHO, fundando em Franco CORDERO, que o fato do processo comportar a existência de parte não o torna acusatório “o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quiçá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as Ordonnance Criminelle (1670), de Luiz XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes”<sup>73</sup>.

Conclui-se, por ora, que o sistema processual penal pátrio é inquisitório, eis que se apresenta regido pelo princípio inquisitivo, pois o juiz possui (talvez o principal) papel ativo na instrução probatória, em face do art. 156, segunda parte, do CPP. Fator este que deixa o acusado em situação visivelmente desfavorável no desenvolvimento do processo, pois afeta, ou pode afetar, como se vê com frequência, o **princípio da imparcialidade** do julgador. Tal princípio, por sua vez, é importante instrumento de proteção do princípio *in dubio pro reo*, porque, constitucional e teoricamente, asseguraria aquele da presunção de inocência.

---

<sup>72</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 73.

<sup>73</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 167.

Importa, nesta esteira, retomar o tema da divisão do ônus da prova no processo penal brasileiro somente para considerar que, ao se adotar o sistema inquisitório (como o adota o Direito pátrio), não há que se falar em divisão do ônus da prova, eis que o julgador é o responsável pela gestão probatória. Destarte, como ensina FIGUEIREDO DIAS, é tarefa do julgador “descobrir a verdade” do deliço, através da investigação.

#### 4.1.1. – Devido processo legal e sistema acusatório

A Constituição da República, em seu art. 5º, LIV, consagra o devido processo legal ao afirmar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. TUCCI doutrina que

*o devido processo legal se consubstancia, também, numa garantia conferida pela Constituição Federal visando à consecução da tutela dos direitos nela denominados fundamentais – por isso mesmo, tidos, explícita ou implicitamente, como inerentes ou essenciais ao membro da coletividade na vida comunitária –, a saber: direito à integridade física e moral, e à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade; f) direitos relativos à personalidade (a par, obviamente, do direito ao processo).<sup>74</sup>*

Pode-se notar, assim, que o devido processo legal deve ser conforme os ideais democráticos presentes na Constituição da República, a qual possui o ser humano como valor fundamental.

Nas palavras de DUCLERC, o devido processo legal é “um processo típico, ou seja, cujos trâmites estejam previstos com anterioridade na lei. Mas, muito além, deve ser também um processo orientado conforme os cânones do chamado *sistema acusatório de processo penal*, ou seja, um processo composto por um juiz efetivamente imparcial e partes parciais em igualdade de condições”<sup>75</sup>. Em que pese a equivocidade do núcleo fundante do sistema acusatório – qual seja, a separação

<sup>74</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 16.

<sup>75</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1. p. 50.



das atividades de julgar, em detrimento da gestão probatória – conforme demonstrado acima, extrai-se que o devido processo legal não consiste meramente num processo que respeite as leis previamente estabelecidas, mas deve ser um processo guiado pelo sistema acusatório e, conseqüentemente, que tenha o ser humano como valor fundamental.

No mesmo sentido, JARDIM ensina que “o devido processo legal está vinculado à depuração do sistema acusatório”<sup>76</sup> e não poderia ser de outra forma. A Constituição da República possui o ser humano como valor principal da ordem constituída e, conseqüentemente, preza a dignidade da pessoa humana como bem maior. Ora, o sistema acusatório, nesta esteira, é a única opção viável ao Estado democrático de Direito, visto que em tal sistema o réu é considerado sujeito de direitos e não mero objeto de investigação, restando ao juiz, o seu lugar eqüidistante, como o garante-mor do cidadão acusado, razão por que não deve ter a iniciativa probatória para não se contaminar e, assim, decidir antes (o que é natural) e depois, por ta! decisão, sair à cata da prova para justificá-la.<sup>77</sup>

O processo penal, portanto, deve servir como uma garantia ao cidadão e o juiz deve corresponder à garantia máxima do indivíduo no desenvolvimento de um processo penal. Ele é o responsável por assegurar que os direitos constitucionalmente e infraconstitucionalmente previstos, em prol do acusado, não serão ignorados. Impõe-se, portanto, posição passiva ao juiz, a fim de não correr o risco de que sua imparcialidade reste comprometida. Importa ressaltar que “o princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la”<sup>78</sup>.

Por fim, com LOPES JÚNIOR, entende-se que “a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, deve ser conformada à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório”<sup>79</sup>. Somente com a adequação do CPP à Constituição da República e a

<sup>76</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 318.

<sup>77</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 180.

<sup>78</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 173.

<sup>79</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 78.

conseqüente adoção de fato do sistema processual penal acusatório princípios como a imparcialidade<sup>80</sup> do julgador (como meta a ser atingida) e *in dubio pro reo* poderão ser observados verdadeiramente, justo pelo caminho do princípio da presunção de inocência.

#### 4.2. – O princípio da verdade real

O processo penal é instrumento que tem como uma de suas finalidades a reconstituição de um fato pretérito – o crime. Ensina Canuto MENDES DE ALMEIDA que

No juízo criminal, o fato é o crime. Como todos os fatos, o crime exerce ação física e psíquica em derredor. Nem tudo isso quer o delinqüente, senão certo resultado. O restante corre por conta das contingências naturais: os vestígios acaso gravados, como sinais da infração, na matéria bruta ou animada e as impressões que ela causa nos homens. Tais vestígios e impressões *dão conhecimento do crime* a outros homens.<sup>81</sup>

Defendem os doutrinadores tradicionais que na busca da reconstituição desse fato pretérito (na busca do conhecimento do crime) vige o princípio da verdade real, segundo o qual o juiz estaria autorizado a participar da instrução probatória a fim de descobrir como ocorreu efetivamente o crime, a fim de alcançar a verdade material através do processo penal.

---

<sup>80</sup> É necessário tecer aqui o comentário, através das palavras de MIRANDA COUTINHO, de que “democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um efetivo compromisso com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinaridade. Por fim, o princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca mecanismos de garanti-la.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 173.

<sup>81</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 4.

FIGUEIREDO DIAS doutrina que quando se adota o princípio da investigação (ou da verdade material)

A adução e esclarecimento do *material de facto* não pertence (...) exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz: é sobre ele que recai o *ônus de investigar e esclarecer oficiosamente* – sc., independentemente das contribuições das partes – o *facto submetido a julgamento*. Esta consequência do princípio da investigação (...) em nada se opõe ao princípio da acusação, nem sequer a uma estrutura basicamente *acusatória* do processo penal, por isso que não impede ou limita a actividade probatória do MP, do assistente ou do arguido e o seu *total* aproveitamento pelo tribunal (...). Só significa que – ao contrário do que sucede com o princípio de discussão – a actividade investigatória do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende *autonomamente a todas* as circunstâncias que devam reputar-se relevantes<sup>82</sup>.

Nesta esteira, é dever do juiz participar ativamente da instrução probatória, a fim de descobrir a verdade sobre o caso penal. Ainda, entende FIGUEIREDO DIAS que “(...) o princípio da investigação vale no direito processual penal português vigente sem excepções ou mesmo limitações de tomo; e vale, anote-se, tanto para o juiz na instrução contraditória e no julgamento, como para o MP ou quaisquer entidades encarregadas da instrução preparatória”<sup>83</sup>.

No plano da doutrina brasileira, MARQUES leciona que

No processo penal brasileiro, vigora o princípio da verdade real, no que tange à produção de provas, consoante se vê do art. 155 do Código de Processo Penal. (...) Como no processo moderno, não é o juiz figura impassível que deva apreciar olímpicamente o desenrolar da instância, e sim participante dos atos de maior relevo da relação processual, admite-se a intervenção complementar e supletiva do órgão judiciário nas operações destinadas à apuração e descoberta da verdade<sup>84</sup>.

Na mesma linha de pensamento, TOURINHO FILHO: “(...) no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos

<sup>82</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 192.

<sup>83</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 196.

<sup>84</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 2. p. 338-339.

se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça”<sup>85</sup>.

Estes autores são exemplos expressivos de como esta matéria se apresenta na doutrina brasileira. Defendem uma postura ativa do juiz a fim de que se descubra a verdade material acerca dos fatos submetidos a julgamento. Nesta esteira, a passividade do juiz não é desejada, eis que possibilitaria a existência de casos em que o julgador deveria se pronunciar com base em atividade probatória insuficiente das partes. LOPES JÚNIOR, ao analisar o tema, faz importante observação:

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro<sup>86</sup>.

É a partir deste discurso – a necessidade de um julgamento fundado na verdade material – que se legitima uma postura ativa, inquisitória, paranóica, do julgador e, conseqüentemente, possibilita a vigência do sistema processual penal inquisitório. Nas palavras de COUTINHO, “a grande maioria da doutrina brasileira insiste em dizer que o processo penal é regido pelo princípio da verdade material. Contudo, não se dá conta que esta idéia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida que tem o processo como capaz de dar conta ‘da verdade’; e não de ‘uma verdade’, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar”<sup>87</sup>.

CARNELUTTI, já em seu tempo (1925), advertia que a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou processual (formal) no âmbito do processo era estéril, pois a verdade é uma só<sup>88</sup>. Dessa forma, não há que se fazer distinção entre verdade material e formal, pois “A verdade, se assim o é, há de ser,

<sup>85</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 37.

<sup>86</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 61.

<sup>87</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 195.

<sup>88</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. Centro Acadêmico Hugo Simas. Folha Acadêmica nº 116, a LIX, p. 05, Curitiba, 1997.

ou melhor, é uma só; e aquela dita formal, por evidente, em sendo um mero reflexo no espelho, ‘não é a verdade’<sup>89</sup>.

Destarte, a verdade é uma só e, portanto, através do processo ou se alcança a verdade ou não se alcança; não há, nesta esteira, que se falar em verdade real ou formal. Mas CARNELUTTI “ainda ensina que a verdade é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”<sup>90</sup>. A partir daí CARNELUTTI abandona o entendimento de que a verdade pode ser obtida por meio do processo e passa a ensinar que se deve buscar a certeza<sup>91</sup>. Com este posicionamento progressista CARNELUTTI dá a base para a abertura da discussão acerca da eliminação da verdade no processo.

Para analisar a questão da verdade é preciso ter em mente que a finalidade do processo penal é a reconstrução de um fato histórico, o crime, que ocorreu no passado. Esta reconstrução, por certo, nunca será perfeita. Ora, é impossível corresponder ao que realmente aconteceu, dada a complexidade dos fatos ocorridos no mundo. “O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo, existe um obstáculo temporal insuperável para a tal verdade: o fato de o crime ser sempre passado e depender a presentificação dos signos do passado, da memória, da fantasia, da imaginação”<sup>92</sup>. LOPES JÚNIOR ensina que “Não se trata de construir, mas de reconstruir um fato passado no presente. Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade (muito menos real)”<sup>93</sup>.

Doutrina MIRANDA COUTINHO que “Falar de processo (...) é, antes de tudo, falar de atividade cognitiva: a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (...) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo

---

<sup>89</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 190.

<sup>90</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**, para os operadores do Direito. In Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 175 e ss.

<sup>91</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**, para os operadores do Direito. In Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 175 e ss.

<sup>92</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 545.

<sup>93</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 543.

(...) pacificador, razão por que precisamos da coisa julgada”<sup>94</sup>. O juiz ignora os fatos, ele não estava presente na cena do crime, e precisa, portanto “(...) de alguém que tenha conhecimento do ocorrido (*cognitio*) para lhe permitir a *re-cognitio*”<sup>95</sup>. Este conhecimento adquirido pelo juiz será, evidentemente, contaminado, pois foi absorvido por determinada pessoa que o interpretou de determinada forma e o repassará ao juiz. Ora, inúmeras pessoas podem observar o mesmo fato e este fato ter tantas interpretações quanto o número de pessoas que o observou. As informações apresentadas ao juiz, por sua vez, serão objeto de nova interpretação, agora pelo juiz; isto é, reinterpretação da interpretação (subjetiva e objetivamente distante do fato ocorrido).

Portanto, a verdade real é legitimadora do sistema inquisitório, visto que através dela cria-se a idéia de que o juiz deve participar da instrução probatória a fim de descobrir como o crime ocorreu. O sistema inquisitório, assim sendo, necessita afirmar a obtenção da verdade real para se sustentar e, conseqüentemente, “é necessário dotar o juiz de poderes instrutórios para que ele possa ‘ir atrás’ de tudo aquilo que possa conduzir à revelação da sagrada verdade. Como conseqüência, funda-se, em nome da verdade, um processo penal inquisitório(...)”<sup>96</sup>.

É interessante aos donos do poder que o povo continue acreditando que o juiz é o revelador de uma verdade (da verdade de um crime), deixando de questionar, desta forma, tal poder. Este papel de revelador da verdade também tem por conseqüência “negar a subjetividade e todos os diversos fatores psicológicos que afetam o ato de julgar, persistindo no mundo onírico de um juiz fora-do-mundo, neutro, boca da lei, etc.”<sup>97</sup>.

No sistema acusatório, ao contrário, ganha relevo a luta de discursos a fim de convencer o juiz, já que este não possui a missão de revelar uma verdade<sup>98</sup>. Destarte, “com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença

<sup>94</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**, para os operadores do Direito. In Anuário Íbero-Americano de Direitos Humanos Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 175 e ss.

<sup>95</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 543.

<sup>96</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 546.

<sup>97</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 547.

<sup>98</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 546.

como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz”<sup>99</sup>.

LOPES JÚNIOR doutrina que a sentença, ao contrário de revelar a verdade, é um ato de crença, de fé<sup>100</sup>. O juiz deve, neste passo, através das informações levadas pelas partes, construir a sua história do delito, ou nas palavras de BRUM, “(...) o conjunto amorfo das provas seria a massa com a qual **o julgador moldaria a sua concepção sobre o caso**”<sup>101</sup>. Assim, a sentença não revelará a verdade (necessariamente, apesar de poder, em parte, revelá-la), mas sim o resultado do convencimento do juiz.

É importante atentar, ainda, para o fato de que durante o processo de (re)construção do delito, o juiz é influenciado também por sua própria história; assim, mesmo que inconscientemente (e, talvez, principalmente inconscientemente) o julgador, ao tomar sua decisão, é influenciado por suas próprias experiências de vida, quais sejam, sua religião, sua família, educação, etc. Não há que se cogitar a possibilidade de um julgador mecânico, no sentido de que seria possível deixar sua subjetividade de lado no momento de julgar um caso. Antes, é necessário atentar para esta impossibilidade, que não é uma qualidade ruim, mas justamente o que nos caracteriza como seres humanos (é a possibilidade de sentir), a fim de não mascarar a realidade a partir de princípios como o da neutralidade e da imparcialidade. Destarte, “(...) *é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história*”<sup>102</sup>. É impossível, portanto, a existência de um juiz neutro; e o princípio da imparcialidade dever ser uma meta a ser atingida pelo julgador<sup>103</sup>. Assim, sabendo ele – o próprio julgador – que é influenciado por sua história, deve observar sua atuação e se questionar acerca dos reais motivos da sua eleição por uma ou outra hipótese.

<sup>99</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 546.

<sup>100</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 547.

<sup>101</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 68.

<sup>102</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: *Direito Alternativo: anais do evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: IAB, 1994, p. 15.

<sup>103</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 173.

BRUM ensina que “não há como negar que o fato *sub judice* é reconstruído discursivamente pelo juiz no momento de sentenciar e que essa **reconstrução caracteriza-se pela seleção, avaliação, e interpretação do material probatório** que foi recolhido e acumulado ao longo de um complexo procedimento que começa com as primeiras atividades policiais pós-delito e termina com o encerramento da instrução criminal”<sup>104</sup>. (sem grifo no original) O juiz, nesta esteira, reconstrói a história do delito; para tanto, ele irá selecionar determinadas provas, interpretar a versão trazida pela testemunha e nesta atividade sua subjetividade certamente estará interferindo, razão pela qual deve ele se questionar acerca de suas eleições.

O julgador deve, no decorrer do processo penal, portanto, ao contrário de participar da instrução probatória, analisar a história que lhe foi contada sob diversos ângulos, sem eleger *a priori* uma das hipóteses que lhe foi apresentada. Este é o posicionamento que tem por objetivo preservar a imparcialidade do julgador, elemento fundamental do sistema acusatório.

LOPES JÚNIOR assevera que

(...) o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, onde, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato, **legitimará o poder contido na sentença**. Ou seja, o poder do juiz não precisa da ‘verdade’ para se legitimar, até porque, sendo ela contingencial, caso a sentença não corresponda à ‘verdade’, o poder seria ilegítimo. E isso não ocorre, por quê? **Porque a legitimidade da decisão é dada pela estrita observância das regras do devido processo penal ao longo do ritual judiciário e não em nome de uma (pseudo)verdade nem sempre possível de ser obtida**<sup>105</sup>. (sem grifo no original)

A legitimidade da decisão decorre, portanto, de serem respeitadas as regras do jogo (Norberto BOBBIO, citado por COUTINHO<sup>106</sup>), as regras do devido processo legal, o qual se concretiza no sistema acusatório.

Sempre haverá espaço no processo, destarte, para o erro, para a dúvida, visto que é impossível obter a verdade toda por meio do processo. É

<sup>104</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 76.

<sup>105</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 548.

<sup>106</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 172.



importante, não obstante, que o juiz respeite as regras do sistema acusatório, a fim de possibilitar um processo o mais justo possível. Por fim, DUCLERC ensina que

No moderno Estado de Direito, assim, é inevitável que existam nas mãos do juiz alguns espaços de poder, mas é justamente o ideal garantista de construção de uma sociedade radicalmente democrática que exige que esses espaços inelimináveis de poder sejam, pelo menos, reduzidos tanto quanto possível, o que só se consegue através do reforço permanente das garantias processuais. Em suma, nenhuma aspiração metafísica de verdade real pode justificar a quebra ou a relativização das garantias processuais próprias do devido processo legal<sup>107</sup>.

#### 4.3. – O juiz inquisidor e a formação dos quadros mentais paranóicos

O sistema inquisitório, apesar de rechaçado pela Constituição da República, vigora no ordenamento jurídico pátrio, em claro desrespeito a Lei Maior, pois esta vem sendo interpretada à luz do Código de Processo Penal e não ao contrário (como é primário)<sup>108</sup>. Tal sistema, como visto, permite que o juiz comande a instrução probatória em busca da “verdade real”.

Primeiramente, importa considerar que a participação do julgador na instrução probatória compromete a estrutura dialética do processo, o contraditório, a igualdade de partes, e a imparcialidade – princípio fundamental do devido processo legal<sup>109</sup>.

Além de comprometer a imparcialidade do julgador, a instrução probatória realizada pelo juiz permite um completo desvirtuamento do processo, porquanto possibilita que o juiz decida o caso penal antes (consciente ou inconscientemente) e, após, busque a prova para fundamentar sua decisão.<sup>110</sup> Nisto

<sup>107</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1. p. 63.

<sup>108</sup> “Atualmente, existe uma inegável *crise da teoria das fontes*, onde uma lei ordinária acaba valendo mais que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando a sua eficácia imediata e executividade”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 10.

<sup>109</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 129.

<sup>110</sup> MALATESTA expressa bem o âmago do problema: “Falavam de delinqüentes da pior espécie e de delinqüentes que jogam com a impunidade, sem reparar em que, assim falando, tomavam como verificado aquilo cuja verificação se discutia; não reparavam em que, dêste modo, estando em face de simples imputados, êles os consideravam como réus, a priori, antes de qualquer apreciação. Devendo, em outros termos, estabelecer o que seria necessário para a verificação da delinqüência de

consiste o que CORDERO chamou de “quadro mental paranóico”, vale dizer, a possibilidade do juiz decidir antes e procurar depois o material probatório que confirme sua tese, dessa forma, o julgador elege uma hipótese e acredita que ela seja verdadeira.<sup>111</sup>

Elucidativamente, LOPES JÚNIOR acentua: “Ensina CORDERO que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato dell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoidi*. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)”<sup>112</sup>. Ora, quem procura algo sabe o que está procurando; assim, o juiz que vai atrás da prova está procurando A prova que venha a confirmar/embasar/fundamentar sua reconstrução do delito. Nesta linha, o juiz inquisidor ignora os esforços das partes a fim de convencê-lo, não se preocupa em analisar o caso penal sob diversos ângulos, não desconfia de si mesmo; apenas elege sua versão para o caso sob *judice* e busca a prova que a fundamente.

Inúmeros são os motivos pelos quais o julgador é levado a decidir antes e procurar depois as provas que poderão embasar sua decisão. Esta é, na verdade, a tendência natural do ser humano<sup>113</sup> (“decidir antes e, tão-só depois, sair-se à cata da prova suficiente para justificar a decisão previamente tomada”<sup>114</sup>). Assim, são comuns pensamentos como: a mãe não acredita que o filho cometeu um delito; o

---

um acusado, começavam logo por considerá-lo criminoso, perdendo-se, assim, num impudente círculo vicioso. E é acobertada por semelhantes sofismas, como se fôssem nobres mantos, que a justiça humana tem feito, por vezes, caírem cabeças inocentes, sem pensar finalmente, e sobretudo, que uma só condenação injusta é mais fatal à tranqüilidade humana que dez absolvições não merecidas.” MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das provas em matéria criminal**. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1, p. 96.

<sup>111</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Direito Alternativo: anais do evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: IAB, 1994, p. 32.

<sup>112</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 78-79.

<sup>113</sup> “Observações psicológicas, diretamente aplicadas ao trabalho dos juízes, acentuam a relevância dos elementos subjetivos, emergentes da personalidade do julgador, na elaboração das decisões. François Corphe menciona trabalhos de vários doutores e conclui: ‘Em verdade, o conteúdo dos julgamentos, ainda que motivados cuidadosamente, não expressa senão as razões positivas e jurídicas, as únicas submetidas à fiscalização do superior em hierarquia jurisdicional; e deixa de lado a parte relativa à apreciação livre dos fatos, quando agem a intuição, o sentimento e a vontade. Aqui pode haver motivos não enunciados, quando não incompletamente conscientes, porém não menos importantes para explicar o sentido concreto em que foi adotada a resolução, ou tendência com que se formou a jurisprudência sobre a questão.’ OLIVEIRA, João Martins de. **Revisão Criminal**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1967, p. 17.

<sup>114</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 180.

rapaz de classe alta não rouba; o moço bem vestido e com carreira de sucesso não comete estupro; mas o pobre, o negro, ah!, esses sim são criminosos. Essa tendência, de condenar umas pessoas e absolver outras, está ligada a questões sociais e individuais (do julgador).

Socialmente o julgador é influenciado pelos estigmas presentes na sociedade. Eles atuam como meta-regras, vale dizer, regras que estão além das regras jurídicas<sup>115</sup>. BARATTA, citado por BACILA, conceitua as meta-regras como “mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica”<sup>116</sup>. Deste modo, seria ilusório pensar que os operadores jurídicos atuam estritamente de acordo com as normas jurídicas<sup>117</sup>, pois conscientemente ou inconscientemente eles são influenciados por (pré)conceitos provenientes do fato do homem ser um “ser-no-mundo”, ou seja, os homens são influenciados pela sua própria historicidade (GADAMER, na visão de LUDWIG)<sup>118</sup>. Nesta linha, LUDWIG:

A historicidade de toda compreensão decorre da condição originária do homem como ‘ser-no-mundo’. Esta condição de ser-no-mundo une o ser humano à tradição de forma irrefutável. A historicidade do homem é vista como condição de possibilidade de toda compreensão: o homem compreende a partir de pré-conceitos produzidos na história. (...) Os conhecimentos, as valorações, as decisões, as **interpretações** e o fazer partem da tradição, condicionando a própria consciência. Os pré-conceitos integram, assim, a estrutura de toda compreensão. Eles não se limitam a estar presentes na consciência do sujeito.<sup>119</sup> (sem grifo no original)

Ao interpretar o ser humano é, portanto, influenciado por pré-conceitos produzidos na história.

A maior parte da população pratica crimes, mas somente uma parcela dos indivíduos irá responder pelos crimes praticados. Destarte, ensina BACILA que “a consequência principal das meta-regras é a seleção de certas pessoas para o

<sup>115</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 13.

<sup>116</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 14.

<sup>117</sup> As normas jurídicas, por sua vez, são passíveis de interpretação. Eros GRAU, nesta linha, ensina que “o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, p.26.

<sup>118</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo, (org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 149.

<sup>119</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo, (org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 149.

sistema penal”<sup>120</sup>. Desta forma, como é impossível dar conta de todos os crimes praticados, ocorre a seleção de alguns deles (e, conseqüentemente, de algumas pessoas) influenciada pelas meta-regras presentes na sociedade.

AURÉLIO, citado por BACILA, ensina que “estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo”<sup>121</sup>. Entretanto, necessário esclarecer que “o estigma adquiriu duas dimensões: uma objetiva (um sinal, um uso, a cor da pele, a origem, a doença, a nacionalidade, a embriaguez, a pobreza, a religião, o sexo, a opção sexual, a deficiência física ou mental etc.) e outra subjetiva (a atribuição ruim ou negativa que se faz a estes estados, podendo-se citar o seguinte exemplo: se é deficiente físico é ruim ou inferior ou pior etc.)”<sup>122</sup>. Desta forma, ocorre uma diferenciação entre as pessoas “normais” e as “estigmatizadas”.

Estas atribuições negativas – apesar de serem falsas e preconceituosas – existem, ainda que o sistema jurídico as ignore. BACILA ensina que “Como são regras [marcas dos estigmatizados] não admitidas juridicamente, mas existem, constituem meta-regras que estão associadas aos estigmas. É por isso que os estigmas atuam como se fossem regras de discriminação: porquanto são indissociáveis”<sup>123</sup>.

O julgador, destarte, ao determinar que se produza uma prova, como visto, já pode ter decidido em sua mente o caso penal, e apenas está procurando fundamento para sua decisão. Esta decisão poderá, nesta linha, ter sido influenciada pelos diversos estigmas presentes na sociedade e dos quais é tão difícil se libertar.

Mas, ao lado dos estigmas atuando como meta-regras, existe a história particular de cada juiz. Assim, como visto, ao “reconstruir” o delito ele também é influenciado pela sua história, pelos valores que recebeu de sua família, por sua religião, por seus traumas, etc. Nesta linha, BRUM ensina que o julgador “é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua interação sócio-econômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade. Esse complexo condicionamento será decisivo no ato de

<sup>120</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 17.

<sup>121</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 24.

<sup>122</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 25.

<sup>123</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 25

sentenciar, já que a primeira necessidade do juiz – ser humano que é – constitui-se em atender a sua própria consciência”<sup>124</sup>.

A construção dos quadros mentais paranóicos decorre do sistema inquisitório que abre a possibilidade do juiz participar da instrução probatória. Ao buscar a prova que fundamente sua decisão o julgador se deixa influenciar por diversos fatores, tanto sociais (estigmas presentes na sociedade de forma geral) como particulares (valores que direcionam seu modo de viver). O sistema inquisitório, portanto, “(...) legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”<sup>125</sup>. Nesta esteira, permite-se ao julgador que eleja uma verdade para o caso penal e invista o imputado dela.

Importa relembrar que no sistema processual penal brasileiro o juiz não precisa de provas para absolver o réu, visto que poderá fazê-lo quando não existir prova suficiente para a condenação, conforme dispõe o art. 386, VI, do CPP. Este é um fator a mais para se temer o juiz inquisidor, pois se ele não precisa da prova para absolver o imputado, certamente a estará procurando para condená-lo.

#### 4.4. – O desvirtuamento do *in dubio pro reo* no sistema processual penal brasileiro

O *in dubio pro reo* é princípio que depende do Estado Democrático de Direito, do sistema processual penal acusatório, do princípio da imparcialidade e demais garantias previstas ao imputado (no sistema acusatório), a fim de que se torne possível sua efetivação.

O sistema brasileiro, conforme tratado em ponto anterior, apesar de “tentar se disfarçar” de sistema acusatório, por meio da divisão de atividades (acusar, defender e julgar), é inquisitório; assim, o *in dubio pro reo* se apresenta apenas como um princípio retórico, podendo facilmente ser manipulado pelo julgador de acordo com sua verdade.

---

<sup>124</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 85.

<sup>125</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 178.

A aparência de sistema acusatório consegue enganar a muitos, que não percebem o imenso poder confiado ao juiz no decorrer da instrução probatória. Outros percebem, mas lhes interessa que o sistema seja assim, a fim de conservarem seu poder.

O enorme poder conferido ao julgador, aliado ao princípio do livre convencimento, são armas poderosíssimas em suas mãos, pois permitem que, através da retórica, pronuncie a sua verdade, que, não raras vezes, não corresponde a verdade, quando muito à parcela desta, visto que é impossível alcançá-la toda por meio do processo.

Como se sabe, o processo visa a reconstrução histórica de um delito, esta finalidade é possibilitada por meio da instrução probatória. Assim, a prova “tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade”<sup>126</sup>. A fim de avaliar as provas, o Brasil adotou o princípio do livre convencimento ou da convicção racional – art. 157, CPP c/c art. 93, IX, CR<sup>127</sup> –, segundo o qual “o valor das provas é atribuído livremente pelo juiz, a partir de sua convicção pessoal, porque não há como ser diferente, na estrutura atual do processo, mas todas as decisões devem ser fundamentadas (...)”<sup>128</sup>.

A obrigatoriedade de fundamentar as decisões é garantia imprescindível ao devido processo legal, pois permite que o acusado saiba os motivos pelos quais o julgador decidiu de determinada forma, possibilitando, assim, eventual recurso. Mas é necessário reconhecer que o princípio do livre convencimento e, conseqüentemente, a fundamentação da decisão, podem ser manipulados pelo julgador<sup>129</sup>, especialmente quando se adota o sistema inquisitório. Nesta esteira, BRUM:

<sup>126</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 401.

<sup>127</sup> Art. 157, do CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Art. 93, IX, da CR: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>128</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 196.

<sup>129</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 197.

Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura como uma excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão dos seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica. Em caso de recurso, os órgãos judiciais superiores, por sua vez, podem até concordar emocionalmente com as valorações do juiz, mas não podem abrir precedentes que enfraqueçam a segurança jurídica, seja confirmando a sentença condenatória que teve como razão preponderante os antecedentes do réu, seja ratificando a sentença absolutória que teve como tônica decisória a grande prole do acusado. (...) Buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova, ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. (...) Mas o julgador tem de justificar sua escolha: tem de convencer que elegeu a melhor prova. Surge aqui o primeiro requisito retórico da sentença, que não é outro senão o da verossimilhança fática. Trata-se de um efeito de verdade<sup>130</sup>.

Assim, o julgador é naturalmente influenciado por sua subjetividade no ato de sentenciar. Este fator é ainda mais problemático na esfera do sistema inquisitório, eis que, além de decidir o caso penal, o julgador está autorizado a produzir provas a fim de corroborar seus possíveis prejulgamentos.

MARTINS DE OLIVEIRA transcreve com propriedade a seguinte constatação feita por MITTERMAYER:

O velho Mittermayer, de autoridade incontestável, quando investigava o caráter subjetivo da verdade que se alcança através da prova escreveu: "De outro lado, seria desconhecer a existência de fenômenos não menos evidentes, e querer viver em uma ilusão completa, o esquecer que em toda causa, em que se trata de decidir em fundo onde está a verdade, **a convicção procede da individualidade do juiz**. Sua missão obriga-o a examinar os pontos isolados, nos quais a prova se baseia, a ligá-los uns aos outros, a deduzir as suas conseqüências, e, depois de ter minuciosamente aferido uns pelos outros, com o auxílio dos motivos pró e contra, a assentar uma conclusão definitiva sobre o resultado diverso de todas estas operações mentais; **mas todos os nossos atos contêm o sêlo do nosso caráter pessoal, da nossa individualidade, e a nossa fisionomia se reproduz até nos trabalhos do nosso espírito. Ora quem poderá sustentar que o mesmo não acontecerá com o juiz, que**

<sup>130</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 72-73.

**investiga a verdade nos fatos submetidos à sua decisão**<sup>131</sup>. (sem grifo no original)

O julgador, nesta linha, ao decidir um caso penal é influenciado por sua individualidade, mas, ao prolatar a sentença necessitará convencer seus destinatários acerca da decisão tomada. Estes destinatários, no entanto, dificilmente possuirão valores iguais ao do julgador, de modo que um mesmo caso penal poderia ser decidido, ou pelo menos interpretado, de tantas maneiras quanto o número de pessoas que dele teve conhecimento. É necessário, nesta linha, que o julgador convença os destinatários de que a sua decisão foi justa (ou o mais justa possível). É inegável que, para tanto, utilizará de atividade retórica, a fim de adequar sua decisão – que poderá ter sido movida em virtude de suas inclinações pessoais – ao discurso jurídico. Consoante este pensamento, BRUM ensina que:

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é praticamente impossível) reconstruir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina, extremamente plástica, e a jurisprudência, vacilante. **Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos** segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia enfim, o que não implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada<sup>132</sup>. (sem grifo no original)

No mesmo sentido, MARTINS DE OLIVEIRA: “À luz de certas e definidas concepções sociais, morais, religiosas, políticas, a personalidade do juiz guarda tendências que o guiam, inconscientemente, nos seus atos. Êste conjunto de idéias, conceitos e preconceitos atua nos sentimentos e na vontade do julgador, de modo que, em suas deliberações, constituem, também, fundamentos para a conclusão, embora não estejam enunciados na sentença”<sup>133</sup>. Destarte, a subjetividade do julgador constitui fundamento de sua decisão, mas, por meio do discurso jurídico, é disfarçada, a fim de que a decisão seja aceita pela comunidade jurídica.

Assim, o julgador pode decidir o caso penal influenciado por diversos fatores (como a pressão social em achar um culpado para determinado delito, a

<sup>131</sup> OLIVEIRA, João Martins de. **Revisão Criminal**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1967, p. 16-17.

<sup>132</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 71.

<sup>133</sup> OLIVEIRA, João Martins de. **Revisão Criminal**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1967, p. 16.



influência da mídia num caso particularmente chocante, ou mesmo seus (pré)conceitos), mas necessita “mascarar” esta decisão, vestir-lhe uma roupa juridicamente aceita, a fim de que sua sentença não seja posteriormente reformada. Destarte, utilizar-se-á da retórica a fim de transformar seus motivos não juridicamente aceitos em motivos juridicamente aceitos. A fim de ilustrar tal pensamento, BRUM:

apesar da diversidade de interesses que movem a produção da prova e em que pese a relativa confiabilidade desta, o juiz tem de apresentar sua reconstrução fática como a verdadeira. Essa reconstrução que se propõe como verdadeira, somente adquirirá foros de verdade se a ela aderirem as partes em não recorrendo ou, em caso de recurso, se for confirmada pelo órgão superior. **Daí por que a necessidade e exigência de que o juiz justifique convincentemente os motivos pelos quais preferiu um conjunto de provas a outro ou, mais genericamente, porque deu ao fato a configuração que deu, em detrimento de outras configurações possíveis e, em tese, igualmente razoáveis.** Isso é atividade indiscutivelmente retórica que exige hábil manipulação de um vasto instrumental fornecido pela legislação processual, pelas teorias da prova, pelas presunções legais e extralegais, pelos precedentes judiciais e por um considerável elenco de falácias acreditadas na comunidade jurídica. Com o uso adequado desse instrumental tópico-retórico, o juiz exaltar o valor das provas que sustentam a versão que deseja fixar e desqualificará as provas (ou interpretação das provas) que respaldem as versões que deseja refutar. (...) Isto não quer dizer absolutamente que a versão eleita pelo juiz seja falsa, mas também não significa que seja verdadeira. O que se obtém através da reconstrução processual é a verossimilhança, que nada mais é que a retórica imunização do discurso jurisdicional contra possíveis críticas. A verossimilhança, pois, é o primeiro requisito contra a reforma da sentença judicial<sup>134</sup>. (sem grifo no original)

O julgador dispõe, portanto, de imenso instrumental a fim de esconder – se assim o desejar – os reais motivos pelos quais optou por uma versão da história do delito e não por outra. Esta distorção se torna mais fácil de realizar quanto mais autoritário for o sistema processual adotado e, conseqüentemente, menos garantias prever ao imputado.

O *in dubio pro reo* é princípio que depende do sistema processual penal acusatório, sob pena de correr-se o risco de não produzir efeitos; pois é impossível ter-se um princípio *in dubio pro reo* efetivo se o julgador não tem o princípio da imparcialidade como meta a ser alcançada e, como visto, o sistema inquisitório

<sup>134</sup> BRUM, Nilo Bairos de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 76-77.

impede a concretização deste princípio<sup>135</sup>. Ocorre assim, pois o julgador que participa da instrução probatória sai de sua posição central – que confere equilíbrio ao processo – a fim de tomar partido da acusação ou da defesa (em geral da acusação, visto que não é necessário ter-se provas para absolver).

Desta forma, o princípio *in dubio pro reo* no sistema pátrio não passa de princípio retórico, que será aplicado ao bel prazer do julgador, de acordo com seu interesse, pois o sistema inquisitório impede sua real efetividade ao permitir que o julgador participe da instrução probatória, muitas vezes decidindo antes para depois buscar a prova que confirme sua decisão. Neste passo, é difícil – quando não impossível – restar dúvida após a atividade instrutória do julgador, eis que, em geral, ele já decidiu o caso penal antes mesmo da colheita das provas. Ora, o *in dubio pro reo* deve ser aplicado quando o juiz entende que as provas presentes nos autos não são suficientes para convencê-lo de que o imputado praticou determinado crime, assim, impossível compatibilizá-lo com um sistema que permite que o juiz decida o caso (através do quadro mental paranóico, consoante explanado em capítulo anterior) antes mesmo das provas serem produzidas.

Portanto, não há que se falar em *in dubio pro reo* sem sistema acusatório e os princípios que lhe são inerentes, a não ser como princípio retórico, servindo apenas para dar a falsa impressão, via de regra, de justiça social aos mais desavisados. O princípio encontra-se, portanto, desvirtuado no sistema pátrio, eis que, por adotar-se o sistema inquisitório, no mais das vezes, deixa de ser aplicado ou é aplicado com o intuito de ocultar a realidade.

---

<sup>135</sup> LOPES JÚNIOR ensina que “A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um *juiz espectador*, e não um *juiz ator* (típico do modelo inquisitório). LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 186.

#### 4.4.1. – A importância do juiz como garante processual

A Constituição da República, através do dispositivo que consagra o devido processo legal aliado à interpretação sistemática da Carta Maior impõe que se adote o sistema processual penal acusatório. Ensina LOPES JÚNIOR que “(...) nenhuma dúvida temos da sua consagração [sistema acusatório], que não decorre da ‘lei’, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório”<sup>136</sup>. Em contraste com a Constituição está o Código de Processo Penal, que possui inúmeros dispositivos atrelados ao sistema inquisitório, o que permite, ainda hoje, a manutenção do sistema inquisitório no ordenamento jurídico pátrio. Assim, imprescindível se faz uma releitura do CPP à luz da CR, a fim de adequar aquele a esta.

Hodiernamente o processo penal deve ser entendido a partir da instrumentalidade garantista, assim, a “(...) noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário”<sup>137</sup>. O processo penal, nesta esteira, deve servir como uma garantia ao cidadão e o juiz deve corresponder à garantia máxima do indivíduo no desenvolvimento do processo penal. Ele é o responsável por assegurar que os direitos constitucionalmente e infraconstitucionalmente previstos, em prol do acusado, não serão ignorados.

Somente com a adoção efetiva do sistema acusatório e conseqüente afastamento dos dispositivos de caráter inquisitório presentes no CPP será possível um sistema que tenha o ser humano como valor fundamental, que considere o imputado como um sujeito de direitos e não como mero objeto. Este é o caminho imprescindível que o sistema pátrio ainda necessita percorrer, a fim de que o

---

<sup>136</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 185.

<sup>137</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 28.

sistema democrático prevaleça de fato no país, pois “(...) democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”<sup>138</sup>.

O juiz, no contexto do sistema acusatório, é o responsável por garantir que os direitos e garantias previstos ao acusado serão observados, tratando-se o imputado com respeito e dignidade. Nesta linha, o julgador não está permitido a adotar uma postura ativa, indo atrás da prova e, conseqüentemente, decidindo antes para depois buscar a prova que fundamente sua decisão (quadro mental paranóico), impedindo assim que se concretizem princípios fundamentais ao sistema acusatório, como a presunção de inocência, a imparcialidade do julgador e o *in dubio pro reo*. Quando se adota o sistema inquisitório, presentes tais princípios, não passarão de princípios retóricos; mas com o sistema acusatório há a possibilidade de vigorarem, eis que este sistema dificulta sua não aplicação, tendo em vista que suas regras são mais rigorosas e de proteção a pessoa humana, valor fundamental do Estado Democrático de Direito.

É fundamental, nesta esteira, a conscientização, por parte dos julgadores, de sua “ineliminável humanidade”<sup>139</sup>. Consoante tal pensamento MARTINS DE OLIVEIRA doutrina que “o julgador não perde a sua condição humana, e basta isto para logo compreender que sua atividade, mesmo orientada com todos os cuidados de isenção, carrega as inclinações personalíssimas do agente”<sup>140</sup>. Independentemente do sistema que se adote o julgador é um ser humano, com valores próprios, idéias próprias e gostos próprios. Sua subjetividade sempre estará interferindo em seu julgamento, razão pela qual deverá se questionar acerca dos reais motivos de sua decisão. Assim, o juiz “Deve experimentar as teses acusatória e defensiva à luz da prova trazida, evitando os pré-julgamentos, guardando o ato decisório, de eleição das teses apresentadas, para o momento correto. (...) Mas, acima de tudo, deve duvidar, sempre e sempre, principalmente de suas mais arraigadas convicções”<sup>141</sup>.

Importa considerar que sempre haverá dúvida no processo, e que é “impossível a fixação a priori de um ‘grau objetivo’ de probabilidade, eis que esta

<sup>138</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 185.

<sup>139</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998, p. 198.

<sup>140</sup> OLIVEIRA, João Martins de. **Revisão Criminal**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1967, p. 16.

<sup>141</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 536.

dependerá dos fatores concretos, ou seja, da 'singularidade' do 'caso penal' em análise"<sup>142</sup>. Não é possível, destarte, fixar o *quantum* de dúvida necessário a impor a aplicação do *in dubio pro reo*, sua aplicação dependerá do caso concreto e da interpretação que dele faz o julgador. Nesta esteira, DUCLERC:

É preciso lembrar, mais uma vez, que não há nada que nos imunize de cometer, eventualmente, um erro judiciário. Por mais *provada* que pareça a tese acusatória, será sempre possível suspeitar dela, por mais fiel que o juiz seja às garantias processuais, a injustiça na decisão também pode acontecer. Jamais será possível ao juiz, portanto, ter a certeza absoluta de que decidiu de forma acertada ao condenar ou absolver. A única certeza que pode ter, na verdade, porque isso depende dele, em cada ato do processo, é que todas as garantias processuais foram respeitadas, e aí, ainda que venha a cometer uma injustiça, ele (e o Estado) terá pelo menos a certeza de que o erro era realmente inevitável<sup>143</sup>.

A efetividade do princípio *in dubio pro reo* depende, portanto, do sistema acusatório e de um juiz que tenha consciência de suas limitações (de sua humanidade), comprometendo-se a analisar o caso penal sob os mais diversos ângulos, para somente após esta análise decidi-lo.

---

<sup>142</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 160.

<sup>143</sup> DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2. p. 238.

## 5. – CONCLUSÃO

O sistema processual penal inquisitório, adotado hodiernamente no Brasil, vai de encontro a princípios fundamentais previstos na Constituição da República, diploma legal hierarquicamente superior a todos os outros presentes no ordenamento jurídico pátrio, desta forma, é imprescindível que tais diplomas sejam adaptados a Carta Maior.

A constituição prevê inúmeros direitos e garantias ao cidadão, a fim de protegê-lo contra eventuais arbítrios do poder estatal, pois o ser humano é o valor fundamental da democracia, destarte, esta somente tem sentido quando respeita as liberdades individuais, os direitos fundamentais. Nesta esteira, a Constituição consiste na própria garantia do cidadão.

Ao adotar-se o sistema inquisitório, ignora-se a Lei Maior do país, com total subversão do ordenamento jurídico, pois lê-se a Constituição à luz do Código de Processo Penal. O sistema adotado pelo CPP não possui o ser humano como valor fundamental, ao contrário, considera o imputado como objeto do processo. É como se, pelo simples fato de sofrer uma acusação, já pudesse ser considerado culpado, eis que existe um mínimo de garantias a lhe proteger, enquanto nas mãos do julgador concentra-se enorme poder a fim de descobrir A verdade, por meio da instrução probatória.

Nesta esteira, é imprescindível que se adote o sistema processual penal acusatório, pois é o sistema previsto na Constituição e, portanto, adequado aos ideais democráticos de valorização do ser humano, bem como às garantias previstas no mesmo diploma legal. Em tal sistema, o julgador não possui a missão de alcançar a verdade (como possui no sistema inquisitório, permitindo-se ao juiz participar da instrução probatória), mas deve permanecer em atitude passiva, deixando que as partes levem ao processo as provas de seu interesse. A função do juiz, destarte, é analisar as teses acusatória e defensiva sob os mais diversos ângulos e com o cuidado de (tentar) não se deixar influenciar por seus pré-julgamentos. A par desta função, consiste o julgador na garantia principal do acusado no desenvolvimento do processo, eis que é o responsável por não deixar que os direitos e garantias previstos ao imputado sejam ignorados. Isto é assim, pois o réu, no seio do processo penal, é a parte mais fraca, que necessita de proteção, pois está sozinho contra

todos (o Estado). Ademais, a consequência do processo penal é por demais grave, podendo acarretar a restrição da liberdade do indivíduo, direito fundamental da pessoa humana previsto na Constituição da República. A liberdade é, portanto, a regra, razão porque se faz necessário cobrir o processo penal de garantias em prol do acusado a fim de tornar a manipulação do processo o mais difícil possível.

É no seio do sistema acusatório, portanto, que se torna possível conciliar o ideal democrático de proteção do indivíduo (contra eventuais arbítrios estatais) com o processo penal, pois tal sistema prevê inúmeros princípios e garantias que visam um processo o mais justo possível, como a presunção de inocência, a imparcialidade do julgador, o contraditório, *in dubio pro reo*, entre outros. Estes princípios e garantias dificultam a manipulação do discurso daqueles que pretendem “fazer justiça” a qualquer custo.

O princípio *in dubio pro reo* privilegia o indivíduo, sua liberdade, desta forma, impõe que no momento da decisão, caso o juiz não esteja convencido mediante provas acerca da autoria e/ou materialidade do crime, absolva o réu. Este princípio visa proteger, claramente o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade –, consagrado na CR (art. 5º, LVII); destarte, cabe ao Estado provar a autoria do crime pelo imputado. Tudo isto a fim de preservar a liberdade individual, pois, como visto, esta é direito fundamental e, portanto, a regra.

Nesta esteira, o *in dubio pro reo*, para se tornar efetivo, depende da adoção de fato do sistema acusatório de processo penal e de um juiz que tenha consciência de sua condição humana, tomando o cuidado de tentar não se deixar influenciar por seus pré-julgamentos no momento de decidir o caso penal, mas, ao contrário, antes de decidir analisá-lo sob os diversos ângulos possíveis (sempre visualizando o princípio da imparcialidade como meta a ser atingida).

Assim, o princípio *in dubio pro reo* no sistema brasileiro (inquisitório), não passa de princípio retórico, eis que é difícil sua efetivação, dada a possibilidade do julgador decidir o caso penal antes e buscar depois a prova que fundamente sua decisão (quadro mental paranóico), precipitando-se no julgamento do caso e não deixando espaço para a dúvida.

## 6. – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973;

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, Um Estudo sobre os Preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005;

BARREIROS, José Antonio. **Processo Penal**.Coimbra: Almedina, 1981;

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus.

BORGES, Clara Maria Roman. **A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural**. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001;

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980;

CABRAL NETTO, Joaquim. **Instituições de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997;

CARNELUTTI, Francesco. **Verdade, dúvida e certeza**. Trad. Eduardo Cambi. Centro Acadêmico Hugo Simas. Folha Acadêmica nº 116, a LIX, p. 05, Curitiba, 1997;

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal: parte geral**. Trad. José Luiz V. de A. Francheschini. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 2;

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti**, para os operadores do Direito. In Anuário Íbero-Americano de Direitos Humanos Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n. 30, 1998;



COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal.** In: *Direito Alternativo: anais do evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro: IAB, 1994;

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** 1 ed. 1974. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1;

DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 2;

FONSECA, Ricardo Marcelo, (org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros Editores;

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

KARAM, Maria Lúcia. **Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 35, p.55-73, jul./set. 2001;

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1;

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das provas em matéria criminal.** São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1;

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1961. v. 1;

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 2;

MONTEIRO, Cristina Líbano. **Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”**. Coimbra: Coimbra Ed, 1997;

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Materia Criminal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917;

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. (atual. por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha) São Paulo: Saraiva, 2002;

OLIVEIRA, João Martins de. **Revisão Criminal**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1967;

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999;

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004;

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006;

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001;

SOUZA NETO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003;

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978;

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.